

WYROK
z dnia 25 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2014 r. przez wykonawcę Impel Security Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo SA w Warszawie, przy udziale wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego - Agencja Ochrony Osób i Mienia „CARE - TRANS” S..... K..... spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Świebodzinie – po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Impel Security Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez wykonawcę Impel Security Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego Impel Security Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr [słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2013 r. poz. 907] na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Skład orzekający:

Uzasadnienie

I. Zamawiający - Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo SA w Warszawie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Całodobowa ochrona fizyczna osób i mienia wraz z monitoringiem obiektów należących do PGNiG SA w Warszawie Oddział w Zielonej Górze w latach 2013-2016”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 219-382072.

II. W dniu 3 lutego 2014 r. Odwołujący złożył odwołanie, wobec dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert oraz zaniechania odtajnienia oferty Agencja Ochrony Osób i Mienia CARE - TRANS S..... K..... spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Świebodzinie.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty wybranego wykonawcy: Agencja Ochrony Osób i Mienia CARE - TRANS S..... K..... spółki z o.o. w Świebodzinie jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], jako zawierającej rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 8 ust. 1 - 3 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu udzielonych przez wybranego wykonawcę wyjaśnień ceny ofertowej;
- 4) art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez niewykonanie przez Zamawiającego postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2014 r., sygn. akt: KIO 2935/13;
- 5) art. 91 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższymi zarzutami, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uchylenia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Agencja Ochrony Osób i Mienia CARE - TRANS S..... K..... spółkę z o.o.;
- 2) odtajnienia udzielonych wyjaśnień przez wybranego wykonawcę,
- 3) odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2, 3 i 4 w związku z art. 90 ust. 1 - 3

ustawy Prawo zamówień publicznych oferty wykonawcy: Agencja Ochrony Osób i Mienia CARE - TRANS S..... K..... Sp. z o.o., gdyż zawiera rażąco niską cenę; jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji; jest niezgodna z treścią SIWZ.

4) dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że Odwołujący w dniu 24 stycznia 2014 r. na podstawie przekazanego przez Zamawiającego zawiadomienia, powziął informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Ponadto w dniu 31 stycznia 2014r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego pismo o zaniechaniu odtajnienia udzielonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wybranego wykonawcę wyjaśnień dotyczących ceny ofertowych. W ocenie Odwołującego, czynności dokonane przez Zamawiającego są bezpodstawne i dokonane zostały z naruszeniem prawa, gdyż złożona w postępowaniu oferta wybranego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

[1] W zakresie zarzutów dotyczących bezpodstawnego uznania za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, Odwołujący podał, że wybrany wykonawca zastrzegł w niniejszym postępowaniu jako tajemnicę przedsiębiorstwa treść wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Działanie wybranego wykonawcy jest bezprawne, gdyż w ww. wyjaśnieniach nie zostały wykazane okoliczności uzasadniające utajnienie oraz dlatego, że informacje zawarte w dokumencie nie stanowią i nie są kwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Znamiona bezprawności nosi także zachowanie Zamawiającego polegające na zaniechaniu odtajnienia informacji nieposiadających cechy poufności, zastrzeżonych przez wybranego wykonawcę. Zaniechanie odtajnienia przez Zamawiającego zastrzeżenia, stanowi naruszenie podstawowych i fundamentalnych zasad ustawy Prawo zamówień publicznych. Obowiązek przeprowadzenia przywołanej procedury stanowi urzeczywistnienie zasady jawności. Stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej: *„Izba wskazuje, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. [sygn. akt III CZP 74/05], zamawiający winien zbadać „skuteczność dokonanego przez oferenta [...] zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. „Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.”* Zaniechania Zamawiającego we wskazanym zakresie są tym bardziej

rażące, że uniemożliwiają pozostałym uczestnikom postępowania, weryfikację zdolności wybranego Wykonawcy tak do udziału w procedurze jak również zdolności do należytego wykonania zamówienia. Odwołujący, podobnie jak KIO w wyroku z dnia 27 grudnia 2012 r. [KIO 2710/12], zauważa, że „zastrzeżenie informacji zawartych w ofertach stało się sposobem na pozbawianie konkurentów możliwości podważenia i zaskarżenia dokumentów i danych zawartych w złożonych ofertach. Zamawiający uchylając się od obowiązku rzetelnego zbadania takiego zastrzeżenia niejednokrotnie bezkrytycznie przyjmuje takie zastrzeżenia, nawet, gdy wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji, co prowadzi do złamania podstawowej zasady, jaką jest zasada jawności.” Zasada jawności w systemie zamówień publicznych jest jedną z podstawowych zasad, które należy uwzględniać w trakcie przygotowywania oraz przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a która może doznać ograniczenie wyłącznie w warunkach art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W procesie udzielania zamówienia zasada jawności przejawia się dwójako: przez upublicznienie chęci udzielenia określonego rodzaju zamówienia oraz w jawności całej dokumentacji w tymże postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zasadę jawności postępowania wyraża art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Postępowanie o zamówienie publiczne jest jawne, dlatego każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości postępowania i w efekcie może prowadzić do jego unieważnienia. Ustawa Prawo zamówień publicznych wprowadzając generalną zasadę jawności, również w stosunku do złożonych ofert, czyni jednak zastrzeżenie, iż Zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę, zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że mogą być one ogólnie udostępnione [art. 8 ust. 3 ustawy]. Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki tj.: a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, b) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, c) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. [sygn. akt I CKN 304/00, OSNC 2001 Nr 4, poz. 59]. Wybrany wykonawca w toku postępowania nie wykazał, że dokonane utajnienie w wyniku spełnienia warunków, o których mowa w przywołanym wyroku Sądu Najwyższego jest zasadne i uzasadnione stanem faktycznym i prawnym. Ocena, czy dowolna informacja zastrzeżona przez wykonawcę stanowi tajemnicę

przedsiębiorstwa, podobnie jak wszystkie inne czynności w postępowaniu, jest obowiązkiem Zamawiającego wyrażonym w przepisie art. 8 ust. 1 -3 ustawy Prawo zamówień publicznych [por. wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2008 r. - sygn. akt: KIO/UZP 745/08; wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2008 r. - sygn. akt: KIO/UZP 595/08]. Ponadto, zgodnie z utrwalonym stanowiskiem zarówno orzecznictwa jak i doktryny, pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne powinno być interpretowane ściśle. Zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny uniemożliwia Odwołującemu ocenę prawidłowości kalkulacji ceny oferty wybranego wykonawcy.

[2] W zakresie zarzutu naruszenia art. 186 ust. 3 ustawy, w ocenie Odwołującego, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana przez Zamawiającego z rażącym naruszeniem przepisu art. 186 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 2, 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych: w postępowaniu przetargowym Zamawiający zaniechał wykonania czynności wynikających z postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2014 r., sygn. akt: KIO 2935/13, w szczególności dotyczy to odrzucenia oferty obecnie wybranego wykonawcy. Zgodnie z przepisem art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Skoro zatem w tymże postępowaniu odwoławczym obecnie wybrany wykonawca zrezygnował z uprawnienia do złożenia sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego w całości, a tym samym zaniechał jakiegokolwiek próby obrony własnej oferty, to konsekwentnie wobec umorzenia przez KIO postępowania odwoławczego Zamawiający ma obowiązek wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu tj. odrzucić ofertę tego wykonawcy. W pierwszym odwołaniu - wskazując naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych - zażądano, aby oferta CARE- TRANS została odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2, 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z tego względu Zamawiający wykonując powtórzone czynności wbrew żądaniom Odwołującego zawartym w uwzględnionym odwołaniu, naraża się na zarzut rażącego naruszenia przepisu art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym naraża się na merytoryczne rozpoznanie odwołania wniesionego wobec powtórzonych czynności. Jeżeli okaże się, że czynności zostały powtórzone, ale niezgodnie z żądaniem odwołania, to odwołanie zostanie uwzględnione przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej jako merytorycznie zasadne. Naruszenie w toku postępowania przez Zamawiającego przepisu art. 186 ust. 2

ustawy Prawo zamówień publicznych przesądza o uwzględnieniu odwołania, gdyż Zamawiający winien przy każdej czynności kierować się przepisami prawa i postanowieniami SIWZ oraz działać w oparciu o prawidłowo ustalony stan faktyczny. Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkich czynności podejmowanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winna być ich zgodność z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Jeżeli w niniejszym postępowaniu przetargowym Zamawiający zgodził się w pełni z zasadnością argumentacji Odwołującego i uwzględnił jego odwołanie w całości, to konsekwentnie winien powtórzyć tak czynności, aby to uwzględnienie odwołania zostało również w pełni zrealizowane. Jeśli Zamawiający nie miał zamiaru respektować żądań zawartych w odwołaniu, nie powinien był uwzględniać zarzutów, lecz wdać się w spór z wykonawcą co do żądań, których spełnienie uważał za nierealne [por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2012 r. - sygn. akt KIO 2083/12]. Skoro jednak Zamawiający uwzględnia zarzuty odwołania w całości, to zobowiązany jest po umorzeniu postępowania odwoławczego do wykonania w postępowaniu czynności zgodnie z żądaniami wynikającymi z treści odwołania. Przeciwnie działanie narusza art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych [por. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2013 r. - sygn. akt KIO 2827/12]. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Dlatego też uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów i umorzenie w takim przypadku przez Izbę postępowania odwoławczego, rodzi po stronie Zamawiającego obowiązek uczynienia zadość wszystkim żądaniom zawartym w uwzględnionym odwołaniu. Zaniechanie realizacji tego obowiązku może być dla Odwołującego podstawą wniesienia kolejnego odwołania, którego zasadność będzie następnie przedmiotem oceny Izby. [por. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 października 2012 r. - sygn. akt KIO 2240/12].

[3] W zakresie zarzutu dotyczącego podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego, jako zawierającej rażąco niską cenę, stanowiącej przejaw czynu nieuczciwej konkurencji oraz niezgodnej z SIWZ, Odwołujący podał, że zaniechanie przez Zamawiającego ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny udzielonych przez wybranego wykonawcę uniemożliwia Odwołującemu jakiegokolwiek odniesienie merytoryczne do przyjętej kalkulacji ceny przez wybranego wykonawcę. Odwołujący zatem podtrzymuje swoje stanowisko dotyczące zarzutów w zakresie art. 89 ust. 1 pkt. 2, 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Za wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie objętym SIWZ wybrany wykonawca przedstawił ofertę z ceną w wysokości: 13.028.813,91 PLN brutto [10.592.531,64 PLN netto]. Jak widać z zestawienia cen ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, cena oferty wybranego wykonawcy rażąco obiega od ceny zaoferowanej przez Odwołującego i innych wykonawców. W stosunku do oferty

Odwolującego oferta wykonawcy jest niższa o ok. 40%. Natomiast w stosunku do oferty Naftor Sp. z o.o. i oferty konsorcjum Solid Security Sp. z o.o. i G..... G..... Security Sp. z o.o. - oferta jest niższa o ok. 50%. Analizując powyższe dane wartościowe można z całą pewnością jednoznacznie stwierdzić, iż oferta wybranego wykonawcy zawiera warunki cenowe, które są wadliwie i nieprawidłowo skalkulowane - z dużym elementem niedoszacowania kosztów, bez uwzględnienia aktualnych cen rynkowych oraz uwzględnienia większości parametrów realizacji usługi, wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ. Zgodnie z *rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 11 września 2013 r.*, minimalne wynagrodzenie za pracę w 2014 roku będzie wynosiło 1680 zł brutto, co w konsekwencji oznacza wzrost o 80 zł w porównaniu z rokiem 2013. Zmiany te z punktu widzenia pracowników można ocenić jako pozytywne. Natomiast dla pracodawców wzrost minimalnego wynagrodzenia jest równoznaczny ze wzrostem kosztów pracy. Składka 2013 r. 1600 zł 2014 r. 1680 zł ubezpieczenie emerytalne obciążające pracodawcę [9,76%] 156,16 zł 163,97 zł ubezpieczenie rentowe obciążające pracodawcę [6,5%] 104,00 zł 109,20 zł ubezpieczenie wypadkowe [1,93%] 30,88 zł 32,42 zł fundusz pracy [2,45%] 39,20 zł 41,16 zł fundusz gwarantowanych świadczeń pracowniczych [0,10%] 1,60 zł 1,68 zł – razem: 331,84 zł 348,43 zł. Łączny koszt zatrudnienia pracownika na podstawie umowy o pracę przy minimalnym wynagrodzeniu obecnie wynosi 1931,84 zł [1600 zł + 331,84 zł]. Natomiast w 2014 roku koszt ten wzrośnie do 2028,43 zł. [1680 zł + 348,43 zł]. Różnicę tę odczują pracodawcy, bo wynosi ona aż 96,59 zł w skali miesiąca. Zgodnie z postanowieniami SIWZ, Zamawiający wprowadził w zakresie kosztów pracy - wymóg zatrudnienia wszystkich osób realizujących usługę na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu oraz wprowadził zakaz zatrudniania osób niepełnosprawnych - projekt umowy oraz odpowiedzi na pytania wykonawców, odpowiedź nr 4 z dnia 05.12.2013r. [DZ/ZD/ZA/000042/2013]: 16. Pracownicy wykonujący czynności ochrony będą zatrudnieni przez Wykonawcę na umowę o pracę w wymiarze pełnego etatu. 21. Pracownicy Wykonawcy oddelegowani do ochrony obiektów Zamawiającego, nie mogą posiadać statusu osób niepełnosprawnych.

Z opisu przedmiotu zamówienia wynika minimalna wymagana przez Zamawiającego ilość pracowników niezbędnych do realizacji usługi [tabelki w szczegółowych zakresach ochrony]. Po zsumowaniu wszystkich obiektów, wychodzi liczba pracowników w ilości 152. Skoro zatem koszt zatrudnienia jednego pracownika dla pracodawcy to 2028,43 PLN [1680 + 348,43 = 2028,43], zaś przy założeniu 152 pracowników * 2028,43 = 308 321,36 PLN [wartość miesięczna], to po przemnożeniu tej wartości przez liczbę miesięcy 36, otrzymujemy kwotę wynagrodzenia netto w wysokości: 11 099 568,96 zł. Skoro wybrany wykonawca zaoferował wykonywanie usług ochrony przez osoby zatrudnione na podstawie umowy cywilnoprawnej, to treść jego oferty bezspornie pozostaje w niezgodności z treścią SIWZ, w konsekwencji winna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2

ustawy Prawo zamówień publicznych. Wybrany wykonawca w przystąpieniu do pierwszego odwołania podnosił, że Zamawiający nie określił w SIWZ zakazu zatrudnienia do realizacji przedmiotowej umowy pracowników zatrudnionych na umowę o pracę do wykonywania innych umów [czyli na innych obiektach]. Rzeczywiście Zamawiający nie określił takiego zakazu, ale tak sformułowana odpowiedź wykonawcy oznacza, że posiada on już pracowników zatrudnionych na umowę o pracę [w pełnym wymiarze - bo taki był wymóg PGNiG], jednakże wykonujących usługi ochrony na innych obiektach. Z uwagi na to, że wykonawca nie występuje w konsorcjum, obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę dotyczy wyłącznie tejże firmy i ta właśnie firma musi być Pracodawcą/Zleceniodawcą dla osób zatrudnionych na obiektach PGNiG. Co za tym idzie - zgodnie z art. 18 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, w przypadku osób, które w rozumieniu ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych są traktowane jako pracownicy tj. wykonują pracę na podstawie umowy agencyjnej, umowy zlecenia lub innej umowy o świadczenie usług, do której zgodnie z Kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia, albo umowy o dzieło, jeżeli umowę taką zawarli z pracodawcą, z którym pozostają w stosunku pracy, lub jeżeli w ramach takiej umowy wykonują pracę na rzecz pracodawcy, z którym pozostają w stosunku pracy - w podstawie wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe uwzględnia się również przychód z tytułu umowy agencyjnej, umowy zlecenia lub innej umowy o świadczenie usług, do której zgodnie z Kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia albo umowy o dzieło. Oznacza to, że umowy - zlecenia, na które Care-Trans chce zatrudnić osoby już u niego zatrudnione w ramach stosunku pracy, podlegają składkowaniu w identyczny sposób, jak umowy o pracę [obciążenia Zleceniodawcy z tego tytułu są więc analogiczne, jak przy Uop - nie ma jedynie urlopów, ale z kolei są koszty zastępstw chorobowych]. Przy założeniu, że na umowę o pracę osoby wypracowują podstawowy normatyw 168 rbh miesięcznie - to na umowę zlecenia mogą wypracować maksymalnie 190-200 rbh. Przy średniej stawce za pracownika licencjonowanego z bronią ok. 9,40 zł brutto/rbh daje to wynagrodzenie 1786 — 1880 zł brutto miesięcznie. Średnia miesięczna liczba roboczogodzina na wszystkich obiektach to 28 515 rbh, co z kolei oznacza zatrudnienie na UZ min. 142 osób, a to z kolei oznacza, że na same wynagrodzenie z tytułu UZ Care-Trans wyda miesięcznie ok. 268 000 zł brutto [+obciążenia ZUS ok. 27 600 zł, co daje razem 295 600 zł brutto miesięcznie]. Należy również w kontekście informacji zawartych w przystąpieniu do pierwszego odwołania zadać pytanie, na jakich obiektach pracownicy Care-Trans świadczą usługę ochrony w ramach umowy o pracę. Jeżeli będą to jednostki wojskowe, to pracodawca musiał zadeklarować w umowie [lub w złożonej ofercie], że zobowiązuje się do ciągłości świadczenia tych usług na wypadek ogłoszenia mobilizacji lub wojny, gdyż standardowo w SIWZ-ach wojskowych pojawiają się te zapisy [zgodnie z *Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 21 maja 2002 roku w sprawie militaryzacji*

jednostek organizacyjnych wykonujących zadania na rzecz obronności lub bezpieczeństwa państwa [Dz. U. Nr 78, poz. 707] - jak w takim razie wybrany wykonawca zamierza spełnić wymóg Zamawiającego dotyczący nadania swoim pracownikom przydziałów mobilizacyjnych do jednostki zmilitaryzowanej, jaką jest PGNiG? Jeżeli osoby przewidziane w ofercie pracują na innych niż JW. obiektach, ale objętych tzw. militaryzacją [najczęściej są to obiekty obowiązkowej ochrony], to osoby te na pewno mają tam nadane przydziały organizacyjno - mobilizacyjne, więc zgodnie z ustawą o powszechnym obowiązku obrony, nie można im nadać innych przydziałów.

Ponadto Zamawiający w postanowieniach SIWZ określił koszty wykonywania patroli zmotoryzowanych - w udzielonych odpowiedziach [pismo z dnia 06.12.2013r. nr DZ/ZD/ZA/000044/2013] precyzyjnie określił ilość kilometrów pokonywanych każdego dnia przez patrole zmotoryzowane - 850 km dziennie na wszystkich obiektach. Mając powyższy wymóg Zamawiającego można określić następujące koszty wykonania usługi: 850 km 30,5 dnia = 25 925 km/m-c - przy spalaniu 7L/100 km daje to koszt: $25\ 925/100=259,25$ 7 L = 1 814,75L * 5,5 PLN [koszt paliwa za L] = 9 981,12 / m-c *36 m-cy = 359 320,32 PLN. W konsekwencji, oferta wybranego wykonawcy wyniosła 10 592 531 netto za usługę w latach 2014-2016 [36 miesięcy]. Biorąc pod uwagę tylko te dwa składniki cenotwórcze, odnoszące się do kosztów osobowych oraz kosztu paliwa - łączny minimalny koszt wykonania przedmiotu zamówienia wynosi 11 458 889,28 zł., czyli znacząco przekracza kwotę złożonej przez wykonawcę oferty. W rezultacie cena oferty wybranego wykonawcy nie uwzględnia pozostałych kosztów wynikających z SIWZ tj.: funkcjonowanie Grup Interwencyjnych - szacowany koszt: mocno zróżnicowany dla każdej firmy, uzależniony od ilości już funkcjonujących GI w terenie mogących obsługiwać obiekty PGNiG. W przypadku Odwołującego ten koszt wynosi ok. 80 000 /m-c x 36 = 2 880 000 PLN koszty dot. samochodów obiektowych - 6 szt - w wysokości: 3000 x 6 = 18000 x 36 = 648 000 PLN koszt umundurowania i wyposażenia przez 3-letni okres w wysokości co najmniej: 8100 x 36= 291 600 PLN marży Wykonawcy. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, przyjmuje się, że „*ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku.*” [sygn. akt: KIO 560/12 z dnia 12 kwietnia 2012 r.]. Ponadto, innym czynnikiem pozwalającym klasyfikować zaoferowaną przez Wykonawcę cenę jako rażąco niską jest „*cena [...] która uniemożliwia realizację zamówienia*” [sygn. akt: KIO 676/12 z dnia 20 kwietnia 2012 r.]. Cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę, znacznie odbiega od wartości jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia tj. 16.221.067,80 zł. brutto. Można z całą pewnością sądzić, iż cena oferty tak znacznie

odbiegająca od wartości przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia, została skalkulowana wadliwie i nieprawidłowo z dużym elementem niedoszacowania kosztów bez uwzględnienia aktualnych cen rynkowych oraz realizacji szeregu prac podanych w zakresie czynności. Istotnym jest także fakt, że oferta złożona w ww. postępowaniu uniemożliwia zweryfikowanie informacji o elementach kosztowych usługi, z których wynikałoby że wykonawca zastosował szczególnie oszczędne metody wykonania zamówienia, specyficzne rozwiązania techniczne lub, że znajduje się w wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia. W związku z powyższym, w ustalonym stanie faktycznym sprawy oraz z uwagi na dysproporcję ceny ofertowej wybranego wykonawcy zarówno względem szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia jak i rynkowych cen wykonania rzeczonożego zamówienia - w ocenie Odwołującego uzasadniony jest wniosek, że cena oferty najkorzystniejszej jest ceną nierealistyczną uniemożliwiającą w aktualnych warunkach gospodarczych realizację zamówienia. Odwołujący wskazuje ponadto, że ww. cena, z uwagi na brak jakichkolwiek czynników wpływających na ich „okazyjność” oraz ze względu rzeczywistą wartość rynkową umów przedmiotowe zamówienie, skalkulowana została poniżej kosztów wykonywania przedmiotowych usług. Zgodnie z art. 15 ust. pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153. poz. 1503, ze zm.] czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zaoferowana przez ww. Wykonawcę cena za realizację zamówienia, w ocenie Odwołującego rażąco niska, stanowi de facto sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podkreśla, iż przedstawione stanowisko potwierdza opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. *"Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji"* [Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1. poz. 240]. W opinii tej UOKiK napisał m.in.: *„Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy [art. 3 ust. 1] są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają*

innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji". Oferowanie towarów lub usług poniżej ceny ich wytworzenia [cena dumpingowa, do której kwalifikowana jest również cena rażąco niska] jest działaniem mającym na celu utrudnianie dostępu do rynku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i tym samym wypełnia przesłanki, o których mowa zarówno w przywołanej powyżej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak również stanowi przesłankę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niezależnie od powyższego podkreślenia wymaga także fakt, iż Zamawiający udzielając zamówienia publicznego, a więc de facto dysponując środkami publicznymi, działa w celu realizacji ważnego interesu publicznego i zobligowany jest mieć pewność, że wybrany Wykonawca daje rękojmię należytego, wykonania zamówienia, a złożona przez niego oferta jest ofertą realistyczną, gwarantującą świadczenie usługi zgodnie ze standardem wskazanym w SIWZ. Niedopuszczalnym jest więc, w ocenie Odwołującego, nie tylko z uwagi na treść i znaczenie podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, ale również z uwagi na ww. cel, któremu służyć ma prawidłowe procedowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zaniechanie przez Zamawiającego, jakiegokolwiek czynności wskazanej w Ustawie, służącej wyborowi oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji narażenie Zamawiającego na ponoszenie wszelkich negatywnych skutków uzyskania świadczenia o niewłaściwej jakości. W rezultacie, w świetle przedstawionych wyliczeń, cena oferty wybranego wykonawcy została ustalona przez wykonawcę rażąco poniżej poziomu, który powinien być zakładany jako realistyczny, a tym samym gwarantujący prawidłowe wykonanie umowy o zamówienie publiczne.

III. Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie wykonawca - Agencja Ochrony Osób i Mienia „CARE - TRANS” S..... K..... spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Świebodzinie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której nastąpiło przystąpienie.

IV. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów i uwzględnienia odwołania, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu.

II. W ZAKRESIE POSTAWIONYCH W ODWOŁANIU ZARZUTÓW, UWZGLĘDNIONO OKOLICZNOŚCI:

[1] zarzut naruszenia art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych:

Nie znalazł potwierdzenia zarzut wskazujący na naruszenie art. 186 ust. 3 ustawy. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający uwzględnił uprzednio złożone przez Odwołującego odwołanie z dnia 20 grudnia 2013 r., w którym zostały postawione zarzuty naruszenia następujących przepisów:

1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

2) art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty wybranego wykonawcy: Agencja Ochrony Osób i Mienia „CARE - TRANS” S..... K..... Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako zawierającej rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;

3) art. 91 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący w związku z tymi zarzutami postawił następujące żądania:

1) uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Wykonawcę: Agencja Ochrony Osób Mienia „CARE - TRANS” S..... K..... Sp. z o.o.;

2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2, 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych oferty Wykonawcy: Agencja Ochrony Osób i Mienia „CARE - TRANS” S..... K..... Sp. z o.o., gdyż :

a) zawiera rażąco niską cenę;

b) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

c) jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców niewykluczonych z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł argumentację, wskazującą na różnicę cen ofert złożonych w postępowaniu, analogiczną, jaka została wyartykułowana w rozpoznawanym postępowaniu odwoławczym, prezentującą symulację kosztów i nakładów niezbędnych do poniesienia w celu wykonania zamówienia.

Na etapie uprzedniego wyboru przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty, wykonawca Agencja Ochrony Osób i Mienia „CARE - TRANS” S..... K..... spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Świebodzinie nie był wzywany na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny; Jego oferta została wybrana bez przeprowadzenia przewidzianej w tym przepisie procedury, związanej z wyjaśnieniem sposobu kalkulacji ceny.

Zamawiający, w ramach uwzględnienia odwołania oświadczył, że: *„Zamawiający wyjaśnia jednocześnie, iż w wyniku niniejszej „odpowiedzi na odwołanie” wezwie Care-Trans do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie, dokona oceny tych wyjaśnień i podejmie decyzję co do zasadności odrzucenia oferty Care-Trans na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i przekaże Wykonawcom – uczestnikom postępowania informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający stwierdza, że w wyniku niniejszej „odpowiedzi na odwołanie” nie uznaje, iż oferta Care-Trans zawiera rażąco niską cenę, lecz uznaje, że czynność wyboru oferty Care-Trans została dokonana przedwcześnie, a zatem konieczne jest powtórzenie czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu”*

Następnie Zamawiający dokonał wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, poddał ocenie owe wyjaśnienia a następnie ponownie wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą.

Oznacza to tyle, że - po pierwsze - Zamawiający w sposób czyniący zadość dyspozycji przywołanego przepisu, w tym przede wszystkim zgodnie z dokonany przez siebie uwzględnieniem odwołania, wykonał postawione w uwzględnionym odwołaniu, żądania.

Po drugie - podkreślenia wymaga, że zamawiający jest związany dyspozytywną czynnością uwzględnienia zarzutów odwołania, przy czym winien wykonać w ramach tego uwzględnienia czynności w zakresie i granicach, jakie stawiają przepisy prawa i jakie są dopuszczalne w ustalonym stanie faktycznym. Jakkolwiek bowiem czynności zamawiającego są czynnościami zmierzającymi do ukształtowania stosunku cywilnoprawnego – zawarcia

umowy w sprawie zamówienia publicznego, to czynności te nie są pozostawione pełnej swobodzie i niezależności podmiotu jakim jest zamawiający, charakterystycznej dla sfery stosunków cywilnoprawnych. Postępowanie o zamówienie publiczne rządzi się bowiem rygoryzmem i podporządkowane jest zasadom o bezwzględnym charakterze, nie podlegającym pełnej dyspozycji podmiotu obowiązującego do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Zasada swobody kontraktowania wyrażona w art. 353¹ Kodeksu cywilnego, w tym dowolność w wyborze kontrahenta, z którym zawarta zostanie umowa doznają w postępowaniu o zamówienie publiczne ograniczenia, które wynika z zasad gospodarki finansowej jednostki sektora finansów publicznych oraz postępowania o zamówienie publiczne jak i brzmienia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem zamawiający nie ma pełnej swobody w zakresie procesu decyzyjnego co do tego, z którym wykonawcą zawrze umowę, czy wykluczy tego wykonawcę bądź odrzuci jego ofertę – związany jest w tej mierze przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, i do każdej z tego rodzaju czynności musi mieć podstawę wyraźnie z tych przepisów wynikającą, szczególnie, gdy miałyby to dotyczyć odrzucenia oferty albo wykluczenia wykonawcy, co do których przepisy enumeratywnie wyznaczają podstawy tej czynności.

Przeciwnie rozumowanie oznaczałoby, że zamawiający uwzględniając zarzuty obowiązany jest wykonać żądania niezależnie od ich prawnej dopuszczalności, jak i tego, czy pozostają w jakimkolwiek związku z podniesionymi i uwzględnionymi zarzutami.

Po trzecie, zarzuty uprzednio wniesionego przez Odwołującego odwołania nakierowane były na zakwestionowanie ceny zaoferowanej za wykonanie zamówienia przez Agencja Ochrony Osób i Mienia „CARE - TRANS” S..... K..... spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Świebodzinie, w tym przede wszystkim na odrzucenie oferty tego wykonawcy, w oparciu o podniesione zastrzeżenia, związane z wysokością zaoferowanej ceny – wynika to wyraźnie z uzasadnienia odwołania z dnia 20 grudnia 2013 r. Treść art. 90 ustawy, a także wypracowane na jego tle orzecznictwo nie pozostawiają wątpliwości, że zamawiający nie może odrzucić oferty jako rażąco niskiej bez uprzedniego wyjaśnienia sposobu jej skalkulowania. Potwierdza to także orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości - sam fakt, iż cena oferty jest niższa o ileś procent od pozostałych ofert lub wartości przedmiotu zamówienia, nie może stanowić podstawy do automatycznego uznawania danej ceny jako rażąco niskiej i jej odrzucenia, bez dania oferentowi możliwości wykazania, że jego oferta jest rzetelna [sprawa Constanzo, C-103/88, ECR 1989, s. I-1839].

W analizowanym postępowaniu Zamawiający wystąpił do Przystępującego – zgodnie z treścią poprzednio złożonego odwołania – na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy o wyjaśnienie

kalkulacji ceny, zaś wynik tej oceny wyraził w kolejnej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Powyższe mieści się w zakresie uwzględnienia poprzednio złożonego odwołania.

Nie znalazł tym samym potwierdzenia zarzut wskazujący na naruszenie art. 186 ust. 3 ustawy.

[2] zarzut wskazujący na podstawę do odrzucenie oferty wykonawcy Agencja Ochrony Osób i Mienia „CARE - TRANS” S..... K..... spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Świebodzinie jako zawierającej rażąco niską cenę, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji i niezgodnej z SIWZ:

Jak wskazują wyniki postępowania odwoławczego, zarzuty zmierzające do odrzucenia oferty Przystępującego oparte zostały na założeniu niewłaściwej kalkulacji ceny, nie uwzględniającej – w ocenie Odwołującego – wytycznych postawionych przez Zamawiającego w postępowaniu, dotyczących zatrudnienia pracowników wykonawcy, mających wykonywać czynności związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

Bezspornym jest, że koszty osobowe, to jest związane ze świadczeniem czynności ochrony, stanowią kluczowy nakład związany z realizacją zamówienia. Sposób zatrudnienia pracowników ochrony: umowa o pracę albo alternatywne wobec niej umowy cywilnoprawne; wymaganie zatrudnienia w pełnym wymiarze czasu pracy albo dopuszczenie zatrudnienia na część etatu, ma więc istotne znaczenie w przedmiotowym postępowaniu dla skalkulowania ceny ofertowej. Istotnie, na gruncie przedmiotowego postępowania Zamawiający wprowadził wymagania dotyczące sposobu zatrudnienia pracowników: na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ w dniu 5 grudnia 2013 r. Zamawiający podał, że *Pracownicy wykonujący czynności ochrony będą zatrudnieni przez Wykonawcę na umowę o pracę w wymiarze pełnego etatu* [odpowiedź nr 4] a także *Pracownicy Wykonawcy oddelegowani do ochrony obiektów Zamawiającego, nie mogą posiadać statusu osób niepełnosprawnych* [odpowiedź nr 21]. Z odpowiedzi tych, stanowiących modyfikację SIWZ nie wynika jednak, by zatrudnienie w wymiarze pełnego etatu, wymagane było w odniesieniu do świadczenia usługi na rzecz Zamawiającego. Z literalnego brzmienia tego wymagania wynika obowiązek zapewnienia relatywnie trwałej relacji wykonawcy z pracownikami świadczącymi czynności z zakresu ochrony, to jest zatrudnienia na umowę o pracę oraz zatrudnienia w pełnym wymiarze czasu pracy, co jednak nie jest równoznaczne z tym, że wykonawca jest zobligowany do skierowania do świadczenia usługi pracowników, którzy te usługi świadczyć będą – wobec Zamawiającego – w oparciu o zatrudnienie na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy. W świetle brzmienia tak opisanego wymagania, wystarczające jest, by skierowani do czynności świadczonych na rzecz Zamawiającego

pracownicy zatrudnieni byli w pełnym wymiarze czasu pracy u wykonawcy, niezależnie od tego, na jakiej zasadzie będą wykonywać czynności w ramach zamówienia świadczonego wobec Zamawiającego. Nie wdając się w ocenę celowości tak określonego wymagania [Zamawiający, zobowiązany na rozprawie do umotywowania znaczenia wymagania zatrudnienia pracowników ochrony na umowę o pracę w ramach pełnego etatu tłumaczył powyższe potrzebą zapewnienia stabilności zatrudnienia pracowników wykonawcy, względami specjalnych szkoleń obronnych dotyczących około 50 pracowników], dostrzeżenia wymaga, że jeśli wykonawcy, po starannym przeanalizowaniu literalnego brzmienia wymagań Zamawiającego, postanowili w określonym zakresie skorzystać z możliwości przypisania do realizacji przedmiotowego zamówienia pracowników zatrudnionych u siebie w pełnym wymiarze pracy, którzy to zamówienie, wobec Zamawiającego mają wykonywać w oparciu o umowę cywilnoprawną, mieści się to w zakresie wymagań stawianych w postępowaniu. Tego rodzaju optymalizacja, nie jest bowiem wyłączona treścią postanowień SIWZ opracowanych na użytek przedmiotowego postępowania o zamówienie.

Stąd argumentacja podniesiona w odwołaniu, oparta o założenie, że dla obliczenia kosztów niezbędnych do poniesienia w celu realizacji zamówienia konieczne jest przyjęcie wyłącznie kosztów zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę z wyłączeniem umów cywilnoprawnych, jakie wykonawca mógłby zawrzeć ze swoimi pracownikami obok umowy o pracę, nie uwzględnia brzmienia wyjaśnienia SIWZ, które nie wyklucza tego rodzaju możliwości.

Tym samym, nie znajduje potwierdzenia podniesiony w odwołaniu zarzut niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ, wynikający z przyjęcia określonej interpretacji SIWZ, to jest, nie dopuszczającej skierowania na podstawie umów cywilnoprawnych do wykonywania czynności ochrony u Zamawiającego pracowników zatrudnionych u wykonawcy na pełny etat. Wbrew stanowisku Odwołującego – SIWZ nie wyłącza takiej możliwości.

Nie potwierdziły się także dalsze zarzuty, wskazujące na podstawę do odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Powyższe zarzuty oparte są o dokonaną przez Odwołującego symulację minimalnych kosztów, niezbędnych do realizacji zamówienia, uwzględniającą zasadniczy wydatek, w postaci kosztów osobowych, w oparciu o przyjęte założenie, że pracownicy ochrony, których należy zaangażować do realizacji zamówienia zatrudnieni są na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy. Z przedstawionych wyżej względów, tego rodzaju

założenie nie znajduje oparcia w treści SIWZ. Sporządzona przez Przystępującego kalkulacja, tłumacząca wysokość zaoferowanej ceny i prezentująca koszty i nakłady niezbędne do poniesienia w celu realizacji zamówienia zawiera wyszczególnienie elementów cenotwórczych wycenionych w sposób realny, z uwzględnieniem wymagań stawianych przez Zamawiającego. W szczególności, Przystępujący przyjął właściwe ilości jednostek nakładów niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zasadniczy koszt związany z wykonaniem zamówienia, to jest koszty związane z zatrudnieniem pracowników ochrony. Przyjęcie w określonym zakresie stawek odpowiadających zatrudnieniu w oparciu o pozostające obok umów o pracę umowy cywilnoprawne mieści się przy tym – ze wskazanych wyżej względów - w wymaganiach stawianych przez Zamawiającego. Nie sposób także przyjąć, że inne elementy kalkulacyjne związane z wykonaniem przedmiotowego zamówienia zostały przez Przystępującego pominięte lub zaniżone – złożone wyjaśnienia przekonująco prezentują założoną kalkulację i przyjęte w jej ramach koszty i nakłady.

Tym samym, nie potwierdził się również, przypisywany w odwołaniu czyn nieuczciwej konkurencji, kwalifikowany treścią art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z podanych wcześniej względów, skoro kalkulacja ceny uwzględnia na realnym poziomie niezbędne do poniesienia koszty i nakłady, złożenie przez wykonawcę Agencja Ochrony Osób i Mienia „CARE - TRANS” S..... K..... spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Świebodzinie oferty i zawarta w jej ramach kalkulacja ceny, nie mogą być traktowane jako stanowiące przejaw czynu nieuczciwej konkurencji.

Powyższe czyniło, postawione w tej mierze zarzuty - nieuzasadnionymi.

[3] zarzut bezpodstawnego uznania za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień – wykonawcy Agencja Ochrony Osób i Mienia „CARE - TRANS” S..... K..... spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Świebodzinie dotyczących rażąco niskiej ceny

Zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy - Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Przejawia się ona w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być

one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Art. 86 ust. 4 ustawy wymienia enumeratywnie elementy jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone, należą do nich nazwa [firma], adres wykonawcy a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, a contrario dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą.

W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu, ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku [Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.]. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Stanowisko to wyraził także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000 roku, Sygn. akt I CKN 304/ 2000, gdzie jednoznacznie wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze [również wyrok Sądu Najwyższego z 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, Nr 5, poz. 67]. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez Zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05: *„w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.] - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”*. Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa. Tak więc Zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien mieć pewność, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca - dysponent informacji wyraża wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnego kręgu odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego.

Analiza treści informacji zastrzeżonych w postępowaniu przez wykonawcę Agencja Ochrony Osób i Mienia „CARE - TRANS” S..... K..... spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Świebodzinie nie wskazuje, by to zastrzeżenie było niedopuszczalne. W szczególności, wśród zastrzeżonych informacji nie znajdują się treści udostępnione do powszechnej wiadomości, jak np. usługi wykonywane na podstawie umów w sprawach zamówień publicznych, które są, zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy, jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w ustawie o dostępie do informacji publicznej.

Nie ulega wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie informacje zawarte w wyjaśnieniu elementów kalkulacyjnych oferty, mających wpływ na wysokość ceny mają wartość gospodarczą. Obrazują one sposób kalkulacji ceny – przyjęte w tym celu stawki, operują konkretnymi danymi wskazującymi na sposób pozyskiwania zasobów służących wykonywaniu działalności, ze wskazaniem konkretnych nazw i adresów. Poza częścią

zawierającą nawiązanie do zakresu przedmiotu zamówienia, opisanego w SIWZ, wyjaśnienia te obrazują nie tylko przyjęte w celu kalkulacji ceny na użytek przedmiotowego postępowania stawki wynagrodzeń, ale także stosowaną marżę oraz źródła pozyskiwania zasobów, które służą nie tylko realizacji tego zamówienia, ale wiążą się z działalnością operacyjną wykonawcy.

Przystępujący wykazał także, że informacje zawarte w wyjaśnieniu nie są przez niego udostępnione do publicznej wiadomości a także, że podejmuje działania mające na celu zachowanie wskazanych informacji nieznanymi szerszemu gronu odbiorców.

Powyższe nakazuje uznać, dokonane przez wykonawcę Agencja Ochrony Osób i Mienia „CARE - TRANS” S..... K..... spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Świebodzinie zastrzeżenie złożonych wyjaśnień, za dopuszczalne, zaś działanie Zamawiającego, polegające na uznaniu za właściwe takiego zastrzeżenia, za prawidłowe.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że nie potwierdziły się - podniesione w odwołaniu - zarzuty naruszenia przepisów.

Z powyższych względów, mając na uwadze treść art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* [Dz.U. Nr 41 poz. 238]. Uwzględniono uzasadnione koszty Zamawiającego, na które składa się wynagrodzenie pełnomocnika, w wysokości zgodnej z przedłożonym rachunkiem, to jest 3 600 zł [§ 3 pkt 2 ppkt b] rozporządzenia].

Skład orzekający: